

Necesidad de una mayor reflexión iusfilosófica en el derecho administrativo



Ignacio Romero, Esteban José

Esteban José Ignacio Romero ***
estebanromero@ucsf.edu.ar
Universidad Católica de Santa Fe, Argentina

Prudentia Iuris
Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires, Argentina
ISSN: 0326-2774
ISSN-e: 2524-9525
Periodicidad: Semestral
núm. 96, 2023
prudentia_iuris@uca.edu.ar

URL: <http://portal.amelica.org/ameli/journal/797/7974659006/>

DOI: <https://doi.org/10.46553/prudentia.96.2023.4>

Los autores conservan los derechos de autor y garantizan a PRUDENTIA IURIS el derecho exclusivo de primera publicación. Sin embargo, pueden establecer por separado acuerdos adicionales para la distribución de la versión publicada del artículo, con un reconocimiento de su publicación inicial en esta revista. El contenido se distribuye bajo una Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional. Se permite y se anima a los autores a depositar su obra en repositorios institucionales y temáticos, redes sociales académicas, sitios webs personales y/o donde consideren pertinente de acuerdo con nuestra Política de Autoarchivo



Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional.

Resumen: El presente trabajo intenta demostrar que ciertas decisivas nociones del derecho administrativo necesitan imperiosamente ser enriquecidas por una profunda reflexión iusfilosófica. Al cientificismo propio de esta rama del derecho, se propicia una integración crítica valorativa que trace vinculaciones necesarias e intrínsecas entre criterios de validez formal y sustancial. Se reflexiona sobre el concepto mayoritario de acto administrativo, evidenciándose una aproximación positivista y voluntarista. Asimismo, se analiza qué noción de justicia subyace en las decisiones administrativas. Y finalmente, se estudia la presunción de legitimidad desde un punto de vista lógico.

Palabras clave: Derecho administrativo, Filosofía del Derecho, Noción positivista de acto administrativo, Lo justo administrativo, Presunción de legitimidad .

NECESIDAD DE UNA MAYOR REFLEXIÓN IUSFILOSÓFICA EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO*

Esteban José Ignacio Romero**

Universidad Católica de Santa Fe, Santa Fe, Argentina

Contacto: estebanromero@ucsf.edu.ar

Recibido: 25 de marzo de 2023

Aprobado: 1° de septiembre de 2023

Para citar este artículo:

Romero, E. J. I. (2023). "Necesidad de una mayor reflexión iusfilosófica en el derecho administrativo". *Prudentia Iuris*, N. 96. pp.

DOI: <https://doi.org/10.46553/prudentia.96.2023.4>

Resumen: El presente trabajo intenta demostrar que ciertas decisivas nociones del derecho administrativo necesitan imperiosamente ser enriquecidas por una profunda reflexión iusfilosófica. Al cientificismo propio de esta rama del derecho, se propicia una integración crítica valorativa que trace vinculaciones necesarias e intrínsecas entre criterios de validez formal y sustancial. Se reflexiona sobre el concepto mayoritario de acto administrativo, evidenciándose una aproximación positivista y voluntarista. Asimismo, se analiza qué noción de justicia subyace en las decisiones administrativas. Y finalmente, se estudia la presunción de legitimidad desde un punto de vista lógico.

Palabras clave: Derecho administrativo, Filosofía del Derecho, Noción positivista de acto administrativo, Lo justo administrativo, Presunción de legitimidad.

A Need for Greater Iusphilosophical Reflection in Administrative Law

Abstract: This article attempts to demonstrate that certain administrative law's decisive institutes urgently need to be enriched by a deep philosophical jurisprudence reflection. To the scientism typical of this branch of law, a value critical integration is encouraged that traces necessary and intrinsic links between criteria of formal and substantial validity. The article reflects on the majority concept of administrative act, evidencing a positivist and voluntarist approach. Likewise, it analyzes what conception of justice underlies administrative orders. And finally, the presumption of legitimacy is studied from a logical point of view.

Keywords: *Administrative law, Philosophical jurisprudence, Positivist notion of administrative act, Administrative fairness, Presumption of legitimacy.*

Necessità di maggiore riflessione iusfilosofica nel diritto amministrativo

Sommario: Il presente documento cerca di dimostrare che alcune nozioni decisive del diritto amministrativo necessitano urgentemente di essere arricchite da una profonda riflessione giuridico-filosofica. Allo scientismo tipico di questa branca del diritto, si favorisce un'integrazione valutativa critica che traccia vincoli necessari ed intrinseci tra criteri di validità formale e sostanziale. Riflette sul concetto maggioritario di atto amministrativo, evidenziando un approccio positivista e voluntarista. Allo stesso modo, analizza qual è la nozione di giustizia che soggiace alle decisioni amministrative. Infine, la presunzione di legittimità viene studiata da un punto di vista logico. **Parole chiave:** Diritto amministrativo, Filosofia del Diritto, Nozione positivista di atto amministrativo, Equità amministrativa, Presunzione di legittimità.

I. Introducción

La reflexión iusfilosófica es necesaria en todas las ramas del derecho pues el saber jurídico se integra con tres niveles –el prudencial, el de la ciencia del derecho y el iusfilosófico– que deben estar presentes en forma armónica[1].

Ahora bien, esa necesidad se advierte en forma imperiosa en el derecho administrativo.

Ciertamente, más allá de algunos atinados intentos por incluir una reflexión iusfilosófica en el ámbito administrativo[2], lo cierto es que los distintos institutos del derecho administrativo y la realidad de esta rama no han sido sometidos a un profundo análisis desde la Filosofía del Derecho.

Y no es objeto del presente dilucidar los motivos de tal circunstancia sino simplemente remarcar la riqueza que brindará una reflexión iusfilosófica al derecho administrativo.

Es que el derecho administrativo –desde mi punto de vista– está orientado a garantizar el derecho al derecho y, por ende, nada más importante que llevar profundidad a lo que es presupuesto de todo lo demás.

Asimismo, esta necesaria pero inexplorada conexión se torna aún más trascendental cuando se verifica el impacto de la política en las decisiones administrativas.

El banco de prueba de todo ello serán algunos institutos del derecho administrativo que tienen una importancia práctica decisiva en el quehacer diario del jurista. En efecto, entiendo que las reflexiones iusfilosóficas deben esencialmente conectarse y reflejarse en casos y problemas concretos. En este sentido, se han estudiado los institutos a la luz de los distintos criterios de racionalidad para juzgar su validez. Así, podrá verificarse que priman criterios de racionalidad formal, concluyéndose entonces en la necesidad de incorporar más racionalidad axiológica.

II. Sobre los criterios de validez jurídica

Previo a ingresar en las vinculaciones necesarias entre el derecho administrativo y la reflexión iusfilosófica, debemos referirnos –someramente– a la teoría de validez jurídica desarrollada por el profesor Rodolfo Vigo y los distintos criterios para juzgar la validez de una norma –general o individual–[3]. La racionalidad –explica el autor– se compone de distintas exigencias o criterios, que dependiendo cuáles incluyamos o descartemos, nos llevará al problema central del concepto de derecho.

Señala Vigo: “El presupuesto de la obligatoriedad de la norma jurídica es su justificación racional, pero este juicio remite a la razón práctica que puede y debe comprobar –con la certeza que le es propia y que se diferencia de la razón teórica– que la misma reúne los requisitos necesarios. En ese test de justificación racional la norma se juega también su existencia jurídica, dado que si se concluye –prudencial o ponderativamente– que ella no está justificada, lo que corresponde es reconocer que no ha existido o deja de existir para el derecho, a pesar de que alguien la invoque para hacer valer su poder y logre la eficacia de la norma; pues este proceder o comportamiento no contará con el ‘debido’ respaldo jurídico”[4].

En cuanto a los distintos criterios, se enumeran: a) racionalidad orgánica: “[...] conlleva que la norma sea dictada por el órgano que tiene competencia para ello”; b) racionalidad procedimental: “[...] supone que la norma válida es aquella que surge al cabo del proceso que se ha previsto para su creación”; c) racionalidad sistémica: “[...] desarrollado sendos aportes como para que el derecho se presente al jurista con la indispensable sistematicidad, con unidad, completitud, jerarquía, economía y coherencia”; d) racionalidad lógica-lingüística que, a su respecto, se señala que “corresponde reclamar a la norma misma la posibilidad efectiva de su comprensión, de lo contrario resultaría irracional pretender que el destinatario la cumpla. Esta racionalidad básicamente lógica-lingüística se conecta al respeto de los principios y reglas de la lógica”; e) racionalidad teleológica: “[...] la racionalidad se proyecta en el plano teleológico en tanto ella requiere que el

fin procurado resulte avalado por el derecho en cuestión, y, sobre todo, que los medios contemplados en la norma resulten idóneos para alcanzar el fin propuesto”; f) racionalidad científica: “[...] la ley debe respetar y conformarse a aquellas verdades evidentes o que la ciencia tiene por acreditadas de manera categórica”; g) racionalidad sociológica: “[...]importa la exigencia para la ley que ella guarde relación con el *ethos* de la sociedad a la que regula”; h) racionalidad axiológica: “[...] exigencia en relación al contenido de la ley indicándole que no contradiga de modo grave la moral o la justicia”; i) racionalidad fáctica: “[...] lo exigido debe ser algo posible de cumplir por parte de sus destinatarios” y j) racionalidad intencional: “[...] la justificación racional de la norma exige que la intención del autor resulte ajustada a las pretensiones elementales fijadas por la moral respecto a su comportamiento creativo de la norma”.

A estos diez criterios, Vigo le adiciona la racionalidad prudencial o ponderativa, “que tiene por objeto definir en concreto la validez o invalidez de la norma jurídica en cuestión”, concluyendo en que la “exigencia de dar razones de lo ordenado impone a la autoridad dificultades para las arbitrariedades, pero también la moraliza al reclamarle un ejercicio del poder racional y, por ende, respetuoso de aquel del que dispone su libertad”[5].

En definitiva, se observa que esta teoría permitirá precisar el concepto de *racional o razonable*, tan utilizado en el derecho administrativo, impidiendo así que su contenido y alcance sea colmado discrecionalmente.

III. La realidad del derecho administrativo hoy desde una visión iusfilosófica

El derecho administrativo es cada vez más amplio y ciertamente complejo. No hace falta describir la cotidianidad de tal derecho como su extensión. Basta mencionar que este abarca desde las regulaciones económicas, lo atinente a los servicios públicos, obras públicas, tratados bilaterales de inversión, financiamiento interno y externo, controles públicos, etc.

Proliferan por doquier las fuentes del derecho administrativo. La cantidad de reglamentos –autónomos, delegados, ejecutivos, de necesidad y urgencia– que se dictan diariamente por autoridades administrativas federales o locales es realmente impactante. El derecho administrativo que “vive” en la cotidianidad es abrumador y la mayoría se genera unilateralmente.

Por ello, resulta crucial que se repiense el derecho administrativo en su génesis[6]. Y por eso la teoría de validez jurídica tendrá mucho que decir si se parte de exigir a la administración que satisfaga todos los criterios de racionalidad, principalmente el axiológico y el prudencial.

Ciertamente, se ha estudiado al reglamento o al acto administrativo en sus elementos –con especial hincapié en los formales– pero no en sus contenidos.

El tema resulta relevante, además, porque el derecho administrativo es el que más está abatido por la política. La íntima conexión es imposible de negar y exige, entonces, una contundente plataforma teórica receptada por la jurisprudencia cuyo efecto práctico sea que las decisiones administrativas queden sometidas a un estricto control de razonabilidad.

Hay una mirada predominantemente formal de las fuentes del derecho administrativo. Y poco de todo lo que existe del derecho administrativo arriba a los Tribunales.

No hay en la praxis una preocupación –por lo menos generalizada– de que los actos administrativos reconozcan lo suyo de los administrados. Se estudian los elementos del acto sin una mirada axiológica, prescindiendo de lo justo y priorizándose el aspecto autoritativo. Aquí se deja entrever un concepto de justicia que rememora, antes que a los clásicos, a los emotivistas éticos o irracionalistas, como Alf Ross[7], o Hans Kelsen[8], para quienes lo justo no puede justificarse racionalmente sino que su sustento es la pura voluntad de quien decide.

Es más, en no pocas ocasiones se advierte que la preocupación de la Administración es más bien dilatoria más que cómo arribar al mejor derecho[9].

Incluso, nos basta la competencia, la forma y el procedimiento para dotar al acto de presunción de legitimidad. Esto también podría tildarse de falacia desde el punto de vista lógico pues de elementos formales presumimos la existencia de elementos axiológicos.

Se evidencian posturas conflictivistas entre el interés público y los derechos fundamentales[10], con rasgos del método de jerarquización[11].

Como si todo ello fuera poco, existe un control judicial limitado de la Administración con exigencias desproporcionadas al administrado, con tiempos sumamente irrazonables y con variedad de recaudos previos para el acceso a la justicia.

Todo esto debe ser sometido a un estricto control iusfilosófico y dilucidar qué concepto de derecho subyace en las decisiones contenciosas administrativas, qué concepto de verdad predomina y si se razona desde la lógica meramente formal o se incluyen elementos de la lógica material.

En definitiva, entiendo que ha primado en el derecho administrativo una perspectiva científicista y casuista, soslayando –parafraseando a Vigo– “las estructuras constitutivas integrales del derecho en el terreno ontológico, gnoseológico, lógico-lingüístico y axiológico”[12].

En este breve aporte, se intentará efectuar esa integración gnoseológica en algunos institutos del derecho administrativo.

III.1. Concepto positivista legalista del acto administrativo. Necesidad de mayor racionalidad sustancial

En primer lugar, si uno observa los conceptos tradicionales de acto administrativo desde una reflexión iusfilosófica seguramente se sorprenderá.

Es que la mayoría de la doctrina coincide en que el acto administrativo es una declaración emitida por un órgano competente en ejercicio de función materialmente administrativo y que tiene efectos jurídicos respecto del administrado. Incluso así está receptado en numerosas legislaciones[13].

Se advierte, pues, que la mayoría de las definiciones no incluyen la racionalidad como integrante de su esencia[14]. Ella, por el contrario, brilla por su ausencia. Y si bien algunos autores estudian la razonabilidad cuando refieren a los vicios del acto administrativo[15], lo cierto es que no se la estudia como integrante de la ontología del acto.

La definición expuesta nos remonta a una visión iuspositivista ya que se advierte que se incluyen elementos meramente formales. Es más, no hay elementos axiológicos ni alguno de racionalidad sustancial.

En general, se adopta un criterio de validez del acto administrativo que prioriza el aspecto autoritativo –rememorando la célebre frase de Thomas Hobbes: “*Authoritas non veritas facit legem*”, es decir, “La autoridad, no la verdad, hace la ley”[16]–.

Se observa, entonces, un concepto donde cualquier contenido podría ser acto administrativo, siempre que se tomen en cuenta los recaudos formales de competencia, procedimiento y forma. Un atento lector podrá objetar que estoy soslayando el principio de juridicidad, el cual exige el sometimiento inexcusable del obrar de la Administración al derecho[17] y que limitaría seriamente la posibilidad de cualquier contenido. Si bien ello es cierto, lo que se advierte en la praxis administrativa es la preocupación por satisfacer más los elementos formales que los de racionalidad sustancial. En este punto, más allá de que seguramente ello obedece a múltiples factores, no podría dejar de pensar que alguna incidencia tiene la definición positivista del acto administrativo.

Al respecto, la Filosofía del Derecho podría enriquecer el concepto, dotándolo de criterios de racionalidad axiológicos y ponderativos, de manera que en la principal fuente del derecho administrativo se priorice la justicia.

Es que, al ponerse énfasis en los elementos formales –como lo primero a corroborar y constatar–, esto trae aparejado que, si están satisfechos los mismos, se ingresa tímidamente a controlar los aspectos axiológicos, con el fundamento del principio de división de poderes[18]. Pareciese, pues, que la determinación de la validez de un acto administrativo no dependiese principalmente de los elementos sustanciales.

Hay un respeto –a mi juicio, excesivo– por la decisión de la autoridad administrativa que muchas veces hace remorar al Estado de Derecho Legal y la actuación –en ese marco– de los jueces frente a la ley[19]. El control de constitucionalidad ha evolucionado, pero no el control sobre la Administración.

Esto no significa una sustitución de la Administración por el Poder Judicial, sino simplemente postular que, así como se controlan los aspectos formales del acto administrativo, se deben controlar –con el mismo o tal vez más énfasis– los aspectos sustanciales[20].

Lo cual no solo incide en el control efectuado por el Poder Judicial sino en el control de legitimidad que realizan los órganos de control internos de la Administración[21].

Si se incorpora la racionalidad sustancial como parte esencial del acto, ello vigorizará la exigencia a la Administración de exhibir un razonamiento justificatorio para validar sus decisiones.

Ello impactará, por ejemplo, en las “razones de servicio” o motivos de “mérito, oportunidad y conveniencia” que muchas veces invoca la Administración escudándose[22], en su discrecionalidad[23], como así también en la eliminación de afirmaciones constantemente dogmáticas y en el rechazo sistemático e injustificado de reclamos administrativos[24].

En definitiva, desde la Filosofía del Derecho es posible reivindicar un concepto de acto administrativo que incluya racionalidad axiológica como recaudo para su

validez, trazando conexiones intrínsecas, necesarias o clasificantes entre validez sustancial y validez formal y no meramente contingentes[25].

Es decir que, ontológicamente –en su esencia, no como accidente–, el acto debe decir el mejor derecho posible, como recaudo para su validez y esto debe estar sujeto a control.

III.2. Concepto rossiano de justicia en la Administración y la aplicación del método de la jerarquización

En segundo lugar, se observa que se estudia a la justicia como exigencia únicamente para el Juez, y no se ha analizado la exigencia de justicia para con la autoridad administrativa.

Es que la Administración también decide lo suyo de cada uno, incluso muchas veces en forma irrevisable por el Poder Judicial[26].

Ahora bien, la perspectiva desde la cual se decide en la actualidad se condice con un concepto rossiano de justicia[27], soslayando que la autoridad administrativa es la que más decide en términos de justicia en su versión distributiva. Como es sabido, la justicia distributiva importa la atribución de bienes comunes a determinados individuos. Y ello se efectúa en base a determinados criterios, tales como necesidad, mérito, capacidad, etc.[28]. Empero, en la práctica se advierte que ello se realiza sin una reflexión sobre la justicia, priorizándose criterios ideológicos o políticos, en desmedro de las exigencias de bien común[29].

Comparto la tesis que indica que “el bien común resulta una categoría necesaria y obligatoria en la conceptualización de toda la realidad jurídica”[30]. Así como en la hermenéutica plantea la necesidad del ir y venir de la norma al caso[31], debe postularse lo mismo con las decisiones administrativas. La autoridad, para evitar ceder al concepto rossiano, debe ir y venir del caso al bien común.

Tal concepción puede llevarnos a un lugar inadecuado: al conflictivismo entre interés público e interés privado. Tal tesis se encuentra debidamente controvertida y desechada por los especialistas constitucionalistas[32]. En efecto, debe haber “una perfecta continuidad y conexidad entre bien personal y bien común”[33], armonizando sus mutuas exigencias.

En este aspecto, asimismo, se ha soslayado el estudio de la prudencia para con la autoridad administrativa. Como es sabido, “la principal función de la prudencia es integrar en las decisiones las pautas generales de comportamiento con el conocimiento de lo singular y concreto”[34].

De lo expuesto en el anterior y presente capítulo se puede postular un concepto de acto administrativo que, para juzgar su validez, deba cotejarse si importa en definitiva una ordenación de la razón[35] orientada al bien común, que –prudencialmente– armonice prerrogativas de la Administración con las garantías del administrado.

III.3. La presunción de legitimidad como falacia

En tercer lugar, no nos hemos detenido a pensar en la presunción de legitimidad y su conformidad con las reglas de la lógica.

Cabe recordar que la presunción de legitimidad del acto administrativo implica “la suposición relativa de que el acto administrativo ha sido dictado con arreglo a las normas jurídicas que debieron condicionar su dictado”[36].

Como es sabido, tal presunción es medular en el derecho administrativo y su preservación por los Tribunales es contundente[37].

Ahora bien, para que opere tal presunción basta nuevamente que *prima facie* estén satisfechos los recaudos formales del acto. Principalmente, competencia, forma y procedimiento. Luego, ya tenemos un acto al que hay que obedecer y la destrucción de tal presunción es a cargo del administrado a quien se le exige una singular labor[38].

Desde la Filosofía del Derecho –principalmente desde la lógica– podemos observar que –más allá de cierta necesidad para el bien común de que exista la mentada presunción[39]– la misma incurre en varias falacias.

En efecto, de la confluencia de recaudos únicamente formales se derivan conclusiones sustanciales. Basta, pues, que exista una autoridad administrativa con competencia, que observe la forma del acto y su procedimiento –entre los demás elementos– para que el acto se presuma legítimo y, por ende, justo. En tal razonamiento se advierte fácilmente que el silogismo está incorrectamente elaborado conteniendo en la conclusión afirmaciones sustanciales que no se han incluido en las premisas[40].

También podría pensarse que se incurre en la falacia de petición de principio, que “es aquel razonamiento en el que se introducen proposiciones no verificadas o inverificables como si fueran verdaderas para, desde esa posición, llegar a conclusiones aparentemente lógicas y razonadas y contando de antemano con su aceptación”[41] o –muy similar a ella– la falacia de “apelación a la autoridad”, que consiste en pretender “apoyar la verdad de la conclusión, valiéndose de una premisa en la que se afirma que una determinada autoridad ha dicho aquello que se pretende concluir”[42].

Desde esta atalaya, se podría pensar que se parte de que la autoridad administrativa siempre es justa y, en consecuencia, dicta actos justos, incurriendo así en un argumento circular.

No se pasa por alto que se ha construido una doctrina que postula que la presunción de legitimidad cede –o, mejor dicho, se presume ilegítimo– cuando el acto contiene criterios sospechosos de discriminación o cuando existen vicios manifiestos y graves[43]. Empero, se tratan de excepciones, cuando lo sustancial debería estar en la faz del principio.

En definitiva, se observa nuevamente que se han creado ficciones, presunciones, teorías que responden más bien a un modelo ya superado de autoridad y sin someterlas a una crítica minuciosa, racional, que permita dotar de solidez al sistema y principalmente de una debida justificación.

IV. Conclusión

Este somero repaso sobre la praxis administrativa demuestra la deuda que tiene el derecho administrativo y una profunda reflexión iusfilosófica.

Esta deuda se torna imperiosa cuando proliferan las fuentes del derecho administrativo y cuando la preservación de la dignidad de las personas depende cada vez más de la Administración.

Es necesario, pues, efectuar un análisis ontológico de la noción de acto administrativo incluyendo en su esencia criterios de validez sustancial. Asimismo, resulta imprescindible evaluar la noción de justicia en la que se sustenta la Administración al decidir como así también ponderar axiológicamente los conflictos entre justicia conmutativa y distributiva. Por último, la presunción de legitimidad de los actos debe ser sometida a un escrutinio desde la lógica formal y material.

En definitiva, este aporte pretende enriquecer al derecho administrativo y que sus institutos y su consolidada jurisprudencia sean repensados a la luz del nuevo paradigma del Estado de Derecho Constitucional.

Bibliografía

- Alexy, R. (2007). *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. (Trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo). 2ª edición actualizada. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Álvarez Gardiol, A. (1998). *Manual de Filosofía del Derecho*. Editorial Astrea.
- Barra, R. C. (2018). *Derecho administrativo: acto administrativo y reglamentos*. Astrea, Ediciones Rap.
- Bianchi, A. B. (agosto 2010). *Declinación y caída del control judicial de la Administración Pública*. Suplemento La Ley Administrativo, 9.
- Bidart Campos, G. J. *La jurisdicción judicial y las cuestiones políticas*. El Derecho, 9.
- Cárdenas García, J. *Los argumentos jurídicos y las falacias*. <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv>.
- Casals Carro, M. J. El argumento “Petitio Principii”. Una falacia para dogmáticos. *Dialnet*.
- Cassagne, J. C. (2021). Sobre el principialismo y el neoconstitucionalismo. *La Ley* 25/10/2021, 1. Cita: TR *La Ley* AR/DOC/2971/2021.
- Cassagne, J. C. (2017). *Derecho Administrativo*. 2ª edición. Palestra Editores.
- Comadira, J. (2012). *Curso de derecho administrativo*. Abeledo Perrot.
- Comadira, J. P. (2014). La presunción de legitimidad del acto administrativo como prerrogativa y garantía. AA. VV. *El Derecho Administrativo hoy: 16 años después*. Jornadas Organizadas por la Universidad Austral. Facultad de Derecho. Ediciones Rap.
- Comadira, J. R. (2003). *Derecho administrativo. Acto administrativo. Procedimiento administrativo. Otros estudios*. 2ª edición. Abeledo Perrot.
- Etcheverry, J. B. (2014). Discrecionalidad judicial. Causas, naturaleza y límites. *Revista Teorder*, 15.
- Finnis, J. (2000). *Ley Natural y Derechos Naturales*. (Trad. C. Orrego). Ed. Abeledo Perrot.
- Gordillo, A. (1998). *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo I. 5ª edición. Fundación de Derecho Administrativo, X-11.
- Guariglia, C. E. (2016). *Fundamento iusfilosófico del Derecho Administrativo*. Editorial Universidad Católica Argentina.
- Guevara Puentes, G. V. (Directora) (2011). *Argumentación en procesos judiciales*. Consejo Superior de la Judicatura.

- Ivanega, M. M. (9 de abril de 2013). Reflexiones acerca del tiempo y los derechos fundamentales. Suplemento de Derecho Constitucional *La Ley*.
- Kelsen, H. (1979). *Teoría pura del derecho*. UNAM.
- Marienhoff, M. S. (1981). *Tratado de derecho administrativo*. Tomo II. 3ª edición actualizada. Abeledo Perrot.
- Moreso, J. J. (2015). Positivismo jurídico contemporáneo. Capítulo 5 del libro *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, volumen uno. Autor(es): Fabra Zamora, J. L. y Núñez Vaquero, Á. <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/3875-enciclopedia-de-filosofia-y-teoria-del-derecho-volumen-uno> (fecha de consulta: agosto 2022).
- Rosler, A. (2019). *La ley es la ley. Autoridad e interpretación en la Filosofía del Derecho*. 1ª edición. Katz Editores.
- Ross, A. (2010). *Sobre el derecho y la justicia*. Editorial Eudeba.
- Sacristán, E. Acerca de la faz ética de los actos administrativos. *Constitución, Neoconstitucionalismo y Derechos*, J. Cianciardo (coord.). Porrúa.
- Sammartino, P. M. E. La noción de acto administrativo en el estado constitucional. *EDA*, 2007-639.
- Santiago, A. (15 de diciembre de 2017). Algunas de las corrientes iusconstitucionales de nuestros días. Neoconstitucionalismo, garantismo y personalismo solidario. *DFyP*, 143.
- Santiago, A., I. Boulin y E. Cadenas (2018). *Innovar el derecho administrativo. Bases para la mejora del sistema regulatorio y la calidad de las políticas públicas en Argentina*. Escuela de Gobierno. Universidad Austral.
- Serna, P. (2006). Del positivismo a la hermenéutica. *Filosofía del derecho y paradigmas epistemológicos. De la crisis del positivismo a las teorías de la argumentación jurídica y sus problemas*. Porrúa.
- Sodero, E. (2015). *La filosofía jurídica de Robert Alexy como punto de partida para una praxis racional y humanista del Derecho*. <http://www.derecho.uba.ar/institucional/deinteres/2015-robert-alexysodero-castellano.pdf> (fecha de consulta: agosto 2022).
- Toller, F. (2012). Los derechos in concert: Metodologías para tomar decisiones armonizadoras en casos entre derechos y bienes constitucionales. *Constitución, Neoconstitucionalismo y Derechos*. J. Cianciardo (coord.). Porrúa.
- Vigo, R. L. (2020). Del voluntarismo jurídico a la razón práctica en el Derecho. *Prudentia Iuris*, N°. Aniversario. DOI: <https://doi.org/10.46553/prudentia.aniversario.2020>.
- Vigo, R. L. (22 de mayo de 2017). Argumentación jurídica: algunas preguntas y respuestas relevantes. *La Ley* 2017–C, 1030.
- Vigo, R. L. (2016). Una teoría de la validez jurídica. *DOXA*, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 39, 99-125.
- Vigo, R. L. (2022). ¿Qué Filosofía del Derecho? *Revista Pensamiento Jurídico* N° 5, Editorial Universidad Católica de Santa Fe.

Notas

indicar la filosofía jurídica no implica dar la espalda a los otros saberes jurídicos, especialmente a la ciencia

[1] En este sentido, Vigo explica: “Reivindicar la filosofía jurídica no implica dar la espalda a los otros saberes jurídicos, especialmente a la ciencia jurídica y al saber aplicativo, resolutorio o prudencial. Debe quedar claro que los juristas necesitamos como mínimo a esos tres modelos o paradigmas del saber jurídico, de modo que entre ellos existe un control y auxilio mutuo” [Vigo, R. L. (2022). ¿Qué Filosofía del Derecho? Revista Pensamiento Jurídico N° 5. Editorial Universidad Católica de Santa Fe].

[2] Al respecto, véase Cassagne, J. C. (2021). Sobre el principialismo y el neoconstitucionalismo. La Ley 25/10/2021, 1. Cita: TR La Ley AR/DOC/2971/2021; Guariglia, C. E. (2016). Fundamento iusfilosófico del Derecho Administrativo. Editorial Universidad Católica Argentina, entre otros.

[3] Para mayor abundamiento, véase Vigo, R. L. (2016). Una teoría de la validez jurídica. DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 39, 99-125.

[4] *Ibídem.*

[5] *Ibídem.*

[6] Al respecto, véase el enjundioso trabajo de Santiago, A., I. Boulin y E. Cadenas (2018). Innovar el derecho administrativo. Bases para la mejora del sistema regulatorio y la calidad de las políticas públicas en Argentina. Escuela de Gobierno. Universidad Austral.

[7] Ross, A. (2010). Sobre el derecho y la justicia. Editorial Eudeba.

[8] Kelsen, H. (1979). Teoría pura del derecho. UNAM.

[9] Confirman lo afirmado los dos conocidos precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que han llamado la atención al Estado argentino sobre la duración de los procedimientos administrativos. Se trata de los casos Fornerón y Furlán (Caso Fornerón e Hija vs. Argentina, del 27 de abril de 2012 y Caso Furlán y Familiares vs. Argentina, del 31 de agosto de 2012), que contienen precisiones acerca del defectuoso despliegue de la organización administrativa (en Fornerón de la actividad de los órganos de Niñez y en Furlán en los procedimientos de pago de las sentencias judiciales) y cómo ello incidió a frustrar los derechos involucrados por la falta de respuesta en forma oportuna. [Al respecto puede consultarse con provecho a Ivanega, M. M. (9 de abril de 2013). Reflexiones acerca del tiempo y los derechos fundamentales. Suplemento de Derecho Constitucional La Ley].

[10] Toller, F. (2012). Los derechos in concert: Metodologías para tomar decisiones armonizadoras en casos entre derechos y bienes constitucionales. Constitución, Neoconstitucionalismo y Derechos. J. Cianciardo (coord.). Porrúa.

[11] Tal pensamiento puede observarse en distintos dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación. Así, por ejemplo, en Dictámenes Tomo 304 Página 291 se afirmó: “En materia de interpretación de los contratos administrativos, sin perjuicio de la aplicación analógica de normas de derecho privado, debe siempre atenderse al interés público en juego, circunstancia que justifica el reconocimiento de una prerrogativa de poder público que se traduce en el rol primario que debe concederse a la Administración, para desentrañar el verdadero sentido y alcance de las cláusulas contractuales que lo integran”.

[12] Vigo. ¿Qué Filosofía del Derecho? Ob. cit., 23.

[13] Véase el minucioso trabajo de Sammartino, P. M. E. La noción de acto administrativo en el estado constitucional. EDA, 2007-639. Allí se

exponen los conceptos de acto administrativo de los grandes administrativistas, a saber: Marienhoff, Cassagne, Comadira, Gordillo y se reseñan legislaciones de Iberoamérica y del país. Relevando las fuentes originarias, verificamos que para Cassagne la noción de acto administrativo “comprende toda declaración proveniente de un órgano estatal, emitida en ejercicio de la función materialmente administrativa y caracterizada por un régimen administrativo, propio y típico del derecho público, que genera efectos jurídicos individuales directos con relación a los administrados destinatarios del acto” [Cassagne, J. C. (2017). *Derecho Administrativo*. 2ª edición. Palestra Editores, 597]. Marienhoff sostiene que “por acto administrativo ha de entenderse toda declaración, disposición o decisión de la autoridad estatal en ejercicio de sus propias funciones administrativas, productora de un efecto jurídico” [Marienhoff, M. S. (1981). *Tratado de derecho administrativo*. Tomo II. 3ª edición actualizada. Abeledo Perrot, 260]. Gordillo sostiene que acto administrativo es “declaración unilateral realizada en ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos individuales en forma directa” [Gordillo, A. (1998). *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo I. 5ª edición. Fundación de Derecho Administrativo, X-11]. Comadira entiende “por acto administrativo, toda declaración de un órgano del Estado, o de un ente no estatal, emitida en ejercicio de la función administrativa, bajo un régimen jurídico exorbitante, productora de efectos jurídicos directos e individuales respecto de terceros” [Comadira, J. R. (2003). *Derecho administrativo. Acto administrativo. Procedimiento administrativo. Otros estudios*. 2ª edición. Abeledo Perrot, 4].

[14] La Dra. Estela Sacristán es una de las pocas autoras que ha estudiado la faz ética de los actos administrativos. Véase, al respecto: Sacristán, E. *Acerca de la faz ética de los actos administrativos. Constitución...* Ob. cit. En similar sentido, Barra, R. C. (2018). *Derecho administrativo: acto administrativo y reglamentos*. Astrea, Ediciones Rap.

[15] Por ejemplo, Gordillo.

[16] Citado de Rosler, A. (2019). *La ley es la ley. Autoridad e interpretación en la Filosofía del Derecho*. 1ª edición. Katz Editores, 16.

[17] “La Administración Pública debe actuar con arreglo al ordenamiento jurídico, comprendiendo en esta última expresión, no sólo la ley en sentido formal –es decir, el acto estatal, general o particular, emitido por el Congreso de acuerdo con el procedimiento previsto para la formación y sanción de las leyes–, sino también el sistema jurídico entendido como unidad. Desde esta perspectiva parece, entonces, más preciso, terminológica y conceptualmente, referirse no a la legalidad sino a la juridicidad en tanto locución que, por su carácter genérico, describe mejor el fenómeno que se intenta aprehender. Así, el principio de juridicidad implica que las autoridades administrativas deben actuar con sujeción a los principios generales del derecho –aquellos que derivan de la dignidad de la persona y de la naturaleza objetiva de las cosas (Santiago)–, a la Constitución Nacional, a los principios que surgen de ella, a los tratados internacionales –que gozan de jerarquía normativa superior a las leyes desde la reforma constitucional de 1994 e, incluso, antes de ella, por imperio de la jurisprudencia sentada en su momento por la Corte Suprema–, a la ley formal, a los reglamentos –en subordinación expresada en el conocido principio de inderogabilidad singular de los reglamentos–, a los precedentes administrativos, en la medida en que en su

seguimiento esté comprometida la garantía de igualdad, y, según alguna doctrina, a ciertos contratos administrativos” [Comadira, J. (2012). Curso de derecho administrativo. Tomo II. Abeledo Perrot, 100].

[18] Reiteradamente se ha señalado: “El control jurisdiccional sobre la discrecionalidad se limita a corregir una actuación administrativa ilógica, abusiva o arbitraria pero no implica que el juez sustituya a la Administración en su facultad de decidir en aspectos fácticos que no presenten aquellos vicios, ya que dicha competencia jurisdiccional es revisora, no sustitutiva” (del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema, Fallos: 330:717).

[19] El modelo dogmático de interpretación jurídica impedía al Juez controlar el contenido de la decisión legislativa. Se limitaba a realizar un silogismo deductivo avalorativo, sin crítica alguna. Cfr. Vigo, R. L. (22 de mayo de 2017). Argumentación jurídica: algunas preguntas y respuestas relevantes. La Ley 2017 -C, 1030.

[20] Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina ha señalado: “[...] constitucionalistas conocedores de ciertas prácticas institucionales, como Bidart Campos o Carlos Nino, llamaban a ‘insistir’ en el principio de buena fe constitucional y alertaban contra el ejercicio abusivo de las normas que regulan el poder público ‘con prescindencia de los fines que ellas procuran satisfacer’” (Fallos: 345:1269 del 8/11/2022, consid. 15). En tal causa se encontraban en juego “los límites del control judicial respecto de actos del Poder Legislativo y el alcance del principio constitucional de división de poderes”, y la Corte analizó la validez de un acto administrativo a la luz de principalmente principios, tal como surge del considerando transcripto.

[21] Tribunales de Cuenta, Auditoría General de la Nación, entre otros.

[22] Tal cobijo podría incluso llegar a ser sometido a las reglas de la teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy, en especial, a la regla general de fundamentación, que sostiene: “Todo hablante debe, cuando se le pide, fundamentar lo que afirma, a no ser que pueda dar razones que justifiquen el rechazar una fundamentación” [Alexy, R. (2007). Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica. (Trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo). 2ª edición actualizada. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 188].

[23] Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado recientemente que “corresponde recordar que requerir la configuración explícita de tal elemento [motivación] como recaudo de validez del acto administrativo no puede calificarse como un rigorismo formal, ya que se trata de una exigencia que –por imperio legal– es establecida como elemental condición para la real vigencia del principio de legalidad en la actuación de los órganos administrativos, presupuesto ineludible del Estado de Derecho y del sistema republicano de gobierno (Fallos: 327:4943). Así, antes que un mero formulismo, la mención expresa de las razones y antecedentes –fácticos y jurídicos– determinantes de la emisión del acto se dirige a garantizar una eficaz tutela de los derechos individuales, de modo que los particulares puedan acceder a un efectivo conocimiento de las motivaciones y fundamentos que indujeron a la Administración al dictado de un acto que interfiere en su esfera jurídica, ello en función de un adecuado control frente a la arbitrariedad y del pleno ejercicio del derecho de defensa (Fallos: 322:3066, disidencia de los jueces Moliné O’Connor

y Fayt). Si bien es cierto que no existen formas rígidas para el cumplimiento de esta exigencia, la cual debe adecuarse –en cuanto a la modalidad de su configuración– a la índole particular de cada acto administrativo, pienso que no pueden admitirse fórmulas carentes de contenido, expresiones de manifiesta generalidad, o en su caso, circunscribirse a la mención de citas legales –que contemplan solo una potestad genérica no justificada en los actos concretos–, pues tal interpretación equivaldría a prescindir de ese recaudo esencial cuya observancia es determinante para la validez del acto de que se trate” (Fallos: 344:3573 del 7/12/2021. Dictamen de la Procuración General de la Nación que la Corte hace suyo).

[24] Ello se advierte por ejemplo en las leyes de Defensa del Estado en Juicio o de Fiscalía de Estado o de Medidas Cautelares contra el Estado, donde el énfasis se pone –en lugar de la búsqueda del bien común– en agotar todas las alternativas para hacer ilusorios los derechos de los administrados o postergar su satisfacción lo más que se pueda.

[25] Véase, al respecto, Moreso, J. J. (2015). Positivismo jurídico contemporáneo. Capítulo 5 del libro *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, volumen uno. Autor(es): Fabra Zamora, J. L. y Núñez Vaquero, Á. <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/3875-enciclopedia-de-filosofia-y-teoria-del-derecho-volumen-uno> (fecha de consulta: agosto 2022); Sodero, E. (2015). La filosofía jurídica de Robert Alexy como punto de partida para una praxis racional y humanista del Derecho. <http://www.derecho.uba.ar/institucional/deinteres/2015-robert-alexey-sodero-castellano.pdf> (fecha de consulta: agosto 2022).

[26] Cfr. Bianchi, A. B. (agosto 2010). Declinación y caída del control judicial de la Administración Pública. *Suplemento Administrativo La Ley*, 9 y Bidart Campos, G. J. La jurisdicción judicial y las cuestiones políticas. *El Derecho* 9, 915.

[27] Según Ross: “Invocar la justicia, dice, es como dar un golpe sobre la mesa. Es sólo una expresión emocional que hace de la propia exigencia un postulado absoluto; y así lo afirma, ya que todas las fórmulas tendientes a explicar este concepto no son más que elementos de persuasión, pero jamás argumentos racionales. El problema de la justicia es, en definitiva, un problema de política, no de Filosofía del Derecho” [Álvarez Gardiol, A. (1998). *Manual de Filosofía del Derecho*. Editorial Astrea].

[28] Finnis, J. (2000). *Ley Natural y Derechos Naturales*. (Trad. C. Orrego). Ed. Abeledo Perrot.

[29] Ello puede verificarse en la condescendencia de las áreas jurídicas internas a los criterios de elección de la Administración. A modo de ejemplo, puede citarse: “La resolución recurrida atañe al ejercicio de atribuciones de prudencia política, propias de la autoridad competente para resolver, que excede el marco del análisis jurídico de esta Procuración del Tesoro” (v. Dictámenes: 239:671). También: “No le corresponde a la Procuración del Tesoro brindar una opinión sobre el costo beneficio o costo de oportunidad de adherir –o no– a una propuesta de arreglo, ya que ello atañe al ejercicio de atribuciones de prudencia política, propias de la autoridad competente para resolver, que excede el marco de incumbencia exclusivamente jurídica de esta Casa (v. Dictámenes: 241:427 y 259:093). Dictamen N° IF-2020-53408944-APN-PTN, 13 de agosto de 2020. EX-2020- 14274933-APN-SDYME#ENACOM. Ente Nacional de

Comunicaciones” (Dictámenes: 314:244). Y “La apreciación de los presupuestos de necesidad y urgencia que habilitan al Poder Ejecutivo a dictar decretos de necesidad y urgencia concierne al ejercicio de atribuciones en materia de prudencia política que escapan a la competencia específicamente jurídica de la Procuración del Tesoro de la Nación” (Dictámenes: Tomo 244 Página 330), entre muchos otros.

[30] Santiago, A. (15 de diciembre de 2017). Algunas de las corrientes inconstitucionales de nuestros días. Neoconstitucionalismo, garantismo y personalismo solidario. DFyP, 143.

[31] Serna, P. (2006). Del positivismo a la hermenéutica. Filosofía del derecho y paradigmas epistemológicos. De la crisis del positivismo a las teorías de la argumentación jurídica y sus problemas. Porrúa.

[32] Toller, F. M. Ob. cit.

[33] Santiago. Ob. cit.

[34] Etcheverry, J. B. (2014). Discrecionalidad judicial. Causas, naturaleza y límites. Revista Teorder 15, 148-171.

[35] Parafraseando la definición de ley de Tomás de Aquino. Véase Vigo, R. (2020). Del voluntarismo jurídico a la razón práctica en el Derecho. Prudentia Iuris, N° Aniversario, 79-95. DOI: <https://doi.org/10.46553/prudentia.aniversario.2020.pp.79-95>.

[36] Comadira, J. P. (2014). La presunción de legitimidad del acto administrativo como prerrogativa y garantía. AA. VV. El Derecho Administrativo hoy: 16 años después. Jornadas Organizadas por la Universidad Austral. Facultad de Derecho. Ediciones Rap.

[37] Así, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado: “En virtud de la presunción de legitimidad que ostentan los actos administrativos, se presume que toda actividad de la Administración guarda conformidad con el ordenamiento jurídico, en tanto no se declare lo contrario por el órgano competente” (Fallos: 339:876) y que “Corresponde dejar sin efecto el pronunciamiento que otorgó la medida precautoria sin hacer ninguna referencia a la presunción de legitimidad de la cual gozan las resoluciones emanadas regularmente de la AFIP, en cuya virtud no cabe admitir su ilicitud o arbitrariedad sin que medie un análisis concreto, preciso y detallado sobre los elementos y pruebas que, al menos prima facie, privarían a esos actos de su validez en derecho”. Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema (Fallos: 329:3464).

[38] La jurisprudencia ha señalado que “conforme lo tiene resuelto la Corte Suprema de Justicia de la Nación, cuando la medida cautelar se intenta contra la Administración Pública, es menester demostrar prima facie la manifiesta ilegitimidad o arbitrariedad del acto cuestionado. Cabe recordar que nuestra Corte Suprema de Justicia, a diferencia de la de EE. UU., ha adoptado respecto a los actos del poder público la regla de la presunción de constitucionalidad de todo acto legislativo, y aún del ejecutivo, lo que supone la presunción de racionalidad [v. Linares, J. F. (1970). Razonabilidad de las leyes. Ed. Astrea, 213 y 136]. Esto implica que la doctrina y la jurisprudencia hayan extremado el criterio restrictivo en la aplicación de una medida cautelar como la peticionada por el accionante, cuando la misma implique la suspensión de un acto del poder público. Ampliar su ejecutividad conlleva un inmenso desplazamiento de facultades de los

órganos democráticos a los jueces” (Shaoming Weng c/ Municipalidad de Villa Constitución s/ amparo. Cita: 940/16. Fecha del fallo: 24/02/2014. Juzgado: Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala III, Rosario - Santa Fe).

[39] Barra, R. C. Ob. cit.

[40] Cárdenas García, J. Los argumentos jurídicos y las falacias. <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv>.

[41] Casals Carro, M. J. El argumento “Petitio Principii”. Una falacia para dogmáticos. Dialnet.

[42] Guevara Puentes, G. V. (Directora) (2011). Argumentación en procesos judiciales. Consejo Superior de la Judicatura, 86.

[43] Dictámenes Procuración del Tesoro de la Nación, 236:091. Allí se señaló: “La presunción de legitimidad de los actos administrativos –que es garantía de seguridad y estabilidad– cede cuando aquellos adolecen de vicios formales o sustanciales, o han sido dictados sobre la base de presupuestos fácticos manifiestamente irregulares, reconocidos o fehacientemente comprobados”.

Notas de autor

* El presente constituye un resultado parcial del proyecto de investigación titulado “Las exigencias de validez jurídica en la argumentación constitucional y convencional. Proyecciones e implicancias”, financiado por la Universidad Católica de Santa Fe y aprobado por Resolución N° 7.183/2018.

** Magíster en Derecho Administrativo.